



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXI - N° 1420

Bogotá, D. C., viernes, 11 de noviembre de 2022

EDICIÓN DE 3 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariassenado.gov.co

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

### CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE PROYECTO DE LEY NÚMERO 114 DE 2022 SENADO

*por medio de la cual se prohíbe el fracking, la exploración y producción de los Yacimientos No Convencionales (YNC) de hidrocarburos, se ordena la reformulación de la política de transición energética y se dictan otras disposiciones.*

##### COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY NO. 114 DEL 2022 SENADO

###### 1. Antecedentes Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La Carta Política de 1991, señala en el artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano... y en su artículo 80, consagra "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental..."

La Ley 99 de 1993, dentro de los principios señalados en el artículo 1, señala los siguientes:

"5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso"

"6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente".

Sobre el concepto de desarrollo sostenible, el artículo 3 de la Ley 99 de 1993, prevé: "ARTÍCULO 3o. DEL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades".

El desarrollo de los yacimientos no convencionales implica riesgos ambientales y de salud pública que deben ser correctamente gestionados, esta condición demanda el fortalecimiento de las autoridades nacionales y regionales y aparejar el desarrollo científico y técnico que debe auspiciar directamente el gobierno nacional. Esta es una técnica que a nivel internacional ha venido corrigiendo distintos impactos ambientales pero que, aun así, mantiene incertidumbre sobre la relación de esta actividad con afectaciones en salud y ambiente que se han documentado, por lo que, para prevenir estas afectaciones se desarrollan medidas, principalmente de aislamiento. El desarrollo de esta actividad en una etapa de explotación comercial implica la construcción de 8 veces la cantidad de pozos que se precisa para el desarrollo convencional, con lo cual se deben prever tensiones en la demanda en el uso del agua, gestión de residuos e impacto en el uso del suelo.

Teniendo en cuenta que el país no cuenta con experiencia en la explotación de yacimientos no convencionales, el PND 2018-2022 previó: • Adelantar un diálogo nacional con la participación de expertos de alto nivel • Realizar investigaciones y exploraciones piloto, con el fin de identificar los principales riesgos asociados con el desarrollo de estos recursos y determinar si la regulación e institucionalidad actuales pueden garantizar su explotación de una manera responsable con el medio ambiente y las comunidades; en la línea "Desarrollo Minero Energético con rigurosos estándares de responsabilidad ambiental y social", para lo cual el Gobierno, identificó que una forma de resolver las inquietudes es el desarrollo de Proyectos Piloto de Investigación Integrales –PPII, en Yacimientos No

Convencionales - YNC con Fracturamiento Hidráulico - FH y Perforación Horizontal - PH, para lo cual expidió el Decreto 328 de 2020.

###### 2. Consideraciones frente a la normativa

Teniendo en cuenta que actualmente en la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República, fueron radicados dos (2) informes de ponencia sobre la iniciativa legislativa en cuestión, se comentarán las mismas, así:

- a) INFORME DE PONENCIA POSITIVA – Radicado por los Senadores Esmeralda Hernández, Inti Raúl Asprilla, Cesar Augusto Pachón Achury y Pablo Catatumbo. Publicado a través de la Gaceta No. 1168 del 29 de septiembre de 2022.
- b) INFORME DE PONENCIA CON MODIFICACIONES SOBRE EL TEXTO - Radicado por los Senadores José David Name Cardozo, Miguel Ángel Barreto, Jaime Durán Barrera y Edgar Díaz Contreras. Publicado a través de la Gaceta No. 1150 del 27 de septiembre de 2022.

A continuación, se procede revisando y comentando cada ponencia:

##### INFORME DE PONENCIA POSITIVA

Radicado por: Senadores Esmeralda Hernández, Inti Raúl Asprilla, Cesar Augusto Pachón Achury y Pablo Catatumbo Publicado: Gaceta No. 1168 del 29 de septiembre de 2022. Título: "Por medio de la cual se prohíbe el fracking, la exploración y producción de los Yacimientos No Convencionales (YNC) de hidrocarburos, se ordena la reformulación de la política de transición energética y se dictan otras disposiciones"

Revisado la propuesta legislativa y analizado el tema, la intención o el propósito de la ley no sólo es prohibir el fracking, sino cualquier técnica que se pueda utilizar para la exploración y producción de los Yacimiento No Convencionales (YNC), indicando que la técnica de fracturamiento hidráulico no es la única que permite la exploración y producción de Yacimientos No Convencionales – YNC, pues existen otras técnicas utilizadas para este fin por la naturaleza misma del yacimiento, para lo cual es importante advertir desde el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que la Cartera Ministerial de Minas y Energía, es la entidad llamada a revisar y conceptuar sobre las otras técnicas para la aplicación de la ley, siendo un asunto de su competencia.

Por lo tanto, se recomienda modificar el epígrafe de la iniciativa legislativa, así:

**"Por medio de la cual se prohíbe el fracking, otras técnicas para la exploración y producción de los Yacimientos No Convencionales (YNC) de hidrocarburos, se ordena la reformulación de la política de transición energética y se dictan otras disposiciones."**

**Artículo 1. Objeto.** La presente ley tiene por objeto prohibir en el territorio nacional la exploración y producción de Yacimientos No Convencionales (YNC) y la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa conocida como Fracking, para la explotación de hidrocarburos, así como establecer la obligación al gobierno nacional de reformular la política pública de transición energética.

Esta ley busca la protección del medio ambiente y la salud de las actuales y futuras generaciones; la prevención de conflictos socioambientales asociados a estas actividades y contribuye al cumplimiento efectivo de las metas del Acuerdo de París aprobado mediante Ley 1844 de 2017

Comentario:

Sobre este artículo es necesario resaltar que el "fracturamiento hidráulico horizontal multietapa" corresponde a una de las modalidades del fracturamiento hidráulico, de modo que sobraría referirse a esta técnica porque puede entenderse que las otras formas de desarrollo de los Yacimientos No Convencionales – YNC sí se admiten. Así las cosas, se sugiere hacer referencia general al -fracturamiento hidráulico- es decir eliminar el término "multietapa" y adicionalmente, es necesario precisar que el fracturamiento hidráulico puede ser empleado en los procesos de producción de yacimientos convencionales.

Se recomienda hacer la siguiente redacción:

**Artículo 1. Objeto.** La presente ley tiene por objeto prohibir en el territorio nacional la exploración y producción de Yacimientos No Convencionales (YNC) y la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico conocida como Fracking, para la explotación de hidrocarburos en dichos yacimientos, así como establecer la obligación al gobierno nacional de reformular la política pública de transición energética. Esta ley busca la protección del medio ambiente y la salud de las actuales y futuras generaciones; la prevención de conflictos socioambientales asociados a estas actividades y contribuye al cumplimiento efectivo de las metas del Acuerdo de París aprobado mediante Ley 1844 de 2017.

Recomendando adicionar ampliando la prohibición a otras técnicas.

**Artículo 2: Definiciones.** Para los efectos de esta ley se entenderán como:

1. **Fracturamiento Hidráulico Multietapa:** Se entiende por Fracturamiento Hidráulico Multietapa a la técnica con la cual se realiza la inyección de un fluido compuesto por agua, propano y aditivos químicos, a presiones controladas, con el objetivo de generar o inducir fracturas en las rocas que componen un Yacimiento No Convencional, buscando facilitar el flujo de los fluidos de la formación productora.

No Convencional de hidrocarburos a la formación geológica que contiene petróleo y gas, con permeabilidades tan bajas, que no permiten el movimiento del fluido. Algunos de estos yacimientos se explotan mediante un proceso de estimulación fracturamiento que logra construir fracturas hidráulicas para facilitar el flujo de hidrocarburos desde la formación, técnica conocida como fracking. Los Yacimientos No Convencionales incluyen los de roca generadora (gas y petróleo de lutitas), arenas bituminosas, gas metano asociado a mantos de carbón e hidratos de metano.

**Artículo 3: Principios.** Para los fines de la presente ley deberán aplicarse los principios contenidos en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, el artículo 3 de la Ley 1523 de 2012, el artículo 2 de la Ley 1931 de 2018, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente, y el Desarrollo y los tratados, convenios y protocolos internacionales sobre medio ambiente y derechos humanos, en especial los siguientes:

1. **Principio de prevención.** Cuando exista conocimiento de los riesgos o daños que pueda ocasionar el desarrollo de proyectos, obras o actividades, las autoridades competentes deberán adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas.

(...)

6. **Principio de rigor subsidiario.** Las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias y cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten podrán hacer más rigurosas, pero no más flexibles las normas y medidas de policía ambiental. Es decir, aquellas normas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa."

Comentario sobre el numeral 1. Principio de prevención:

No solo aplica este principio a las autoridades, los usuarios de licencia ambiental (los particulares o las empresas) hacen uso de él y toman decisiones en el mismo sentido.

Por tanto, se sugiere la siguiente modificación en la redacción:

1. **Principio de prevención.** Cuando exista conocimiento de los riesgos o daños que pueda

2. **Yacimientos no convencionales (YNC) de hidrocarburos:** Se entiende por Yacimiento No Convencional de hidrocarburos a la formación geológica que contiene petróleo y gas, con permeabilidades tan bajas, que no permiten el movimiento del fluido sin someterlos a un proceso de estimulación que logre construir fracturas hidráulicas para facilitar el flujo de hidrocarburos desde la formación. Los Yacimientos No Convencionales incluyen los de roca generadora (gas y petróleo de lutitas), arenas bituminosas, gas metano asociado a mantos de carbón e hidratos de metano. (...)"

Comentario frente a la definición 1. "Fracturamiento Hidráulico Multietapa":

Se retoman las observaciones del punto anterior y se resalta la eliminación de la expresión "en más de tres etapas" frente al texto radicado, pues dicha expresión habilitaría a aquellas técnicas que empleen entre una y tres etapas, que igual generan riesgos en la zona de intervención del yacimiento no convencional.

Adicionalmente, no se encuentra necesario referir "multietapa" en la definición, en tanto que no es la técnica en sí, sino la aplicación de la técnica en la exploración y/o explotación de Yacimientos No Convencionales - YNC lo que genera los riesgos.

Finalmente, respecto a la expresión "en las rocas que componen un Yacimiento No Convencional, buscando facilitar el flujo de los fluidos de la formación productora", esta definición no debería diferenciar los tipos de yacimientos (convencionales de no convencionales), en tanto existe una definición relacionada a ellos en el siguiente numeral y la presente definición, hace referencia a la aplicación de la técnica, indistintamente del tipo de yacimiento.

En consecuencia, se sugiere la siguiente redacción:

1. **Fracturamiento Hidráulico:** Se entiende por Fracturamiento Hidráulico a la técnica con la cual se realiza la inyección de un fluido compuesto por agua, propano y aditivos químicos, a presiones controladas, con el objetivo de generar o inducir fracturas en las rocas que componen un Yacimiento, buscando facilitar el flujo de los fluidos de la formación productora.

Comentario frente a la definición 2. "Yacimientos No Convencionales (YNC) de hidrocarburos":

Es conveniente mantener la alocución -fracturamiento- en lugar de usar el término -estimulación-, pues no sólo se construyen fracturas, sino que se pueden interconectar fracturas preexistentes.

Por otro lado, no todos los yacimientos no convencionales se explotan mediante fracturamiento hidráulico, esta es una técnica apropiada para explotar el gas y petróleo de lutitas y el gas metano asociado a mantos de carbón.

Se recomienda la siguiente definición:

2. **Yacimientos no convencionales (YNC) de hidrocarburos:** Se entiende por Yacimiento

ocasionar el desarrollo de proyectos, obras o actividades, las autoridades competentes y las personas naturales y/o jurídicas deberán adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas.

Comentario sobre el numeral 6. Principio de rigor subsidiario:

No es claro el argumento de incluir este principio de rigor subsidiario, que se regula en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993, como uno de los principios normativos generales, cuando el objetivo de la Ley es un tema prohibitivo, es decir de manera taxativa se prohíbe el desarrollo de fracking y la exploración y producción de los Yacimientos No Convencionales (YNC) de hidrocarburos, y las autoridades ambientales no podrían aplicar este principio, que es hacer más rigurosas las medidas medio ambientales. Se recomienda no hacer mención de este principio en esta propuesta legislativa, y por tanto se recomienda eliminarlo.

**Artículo 4. Prohibición de exploración y producción de hidrocarburos provenientes de Yacimientos no Convencionales.** Prohíbese la exploración y producción de hidrocarburos provenientes de Yacimientos No Convencionales del tipo roca generadora (gas y petróleo de lutitas), arenas bituminosas, gas metano asociado a mantos de carbón e hidratos de metano."

**Parágrafo.** Para efectos de la presente ley, la prohibición no aplicará para actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el marco de contratos suscritos para yacimientos convencionales.

**Artículo 5. Prohibición del fracturamiento hidráulico multietapa (fracking).** Prohíbese la exploración y producción de hidrocarburos provenientes de Yacimientos No Convencionales mediante la técnica del fracturamiento hidráulico multietapa en pozos de cualquier configuración."

Comentario:

Sobre el parágrafo del artículo 4, se resalta el ajuste emitido en el informe de ponencia, toda vez que la redacción original, sugería que se podía adelantar el fracturamiento hidráulico en Yacimientos No Convencionales – YNC, desde contratos que se suscribiesen para yacimientos convencionales, lo cual podía propiciar el desarrollo de la técnica. No obstante, y entendiendo en desarrollo del articulado, se sugiere respetuosamente reubicar este parágrafo en el artículo 5, toda vez que éste hace referencia a la técnica de producción y no al yacimiento per sé.

Conforme con los argumentos mencionados anteriormente, se sugiere eliminar el término "multietapa" del artículo 5.

Por lo tanto, se recomienda la siguiente redacción de los artículos 4 y 5:

**Artículo 4. Prohibición de exploración y producción de hidrocarburos provenientes de Yacimientos No Convencionales.** Prohíbese la exploración y producción de hidrocarburos

provenientes de Yacimientos No Convencionales del tipo roca generadora (gas y petróleo de lutitas), arenas bituminosas, gas metano asociado a mantos de carbón e hidratos de metano.

**Artículo 5. Prohibición del fracturamiento hidráulico (fracking).** Prohíbese la exploración y producción de hidrocarburos provenientes de Yacimientos No Convencionales mediante la técnica del fracturamiento hidráulico en pozos de cualquier configuración.

**Parágrafo.** Para efectos de la presente ley, la prohibición no aplicará para actividades de exploración y producción de hidrocarburos en yacimientos convencionales.

#### Artículo 6. Contratos y licencias. (...)

**"Parágrafo 2.-** La anterior regulación también aplica para los Contratos Especiales de Proyectos de Investigación - CEPI suscritos con base en el Decreto 328 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional."

Comentario:

Se recomienda modificar este parágrafo, así:

**Parágrafo 2.** La anterior regulación también aplica para los Contratos Especiales de Proyectos de Investigación - CEPI suscritos con base en el Decreto 328 de 2020, a través del cual se reglamentaron los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.

#### INFORME DE PONENCIA CON MODIFICACIONES SOBRE EL TEXTO

Radicado por: Senadores José David Name Cardozo, Miguel Ángel Barreto, Jaime Durán Barrera y Edgar Díaz Contreras. Publicado: Gaceta No. 1150 del 27 de septiembre de 2022.  
"Por medio de la cual se prohíbe el fracking para la explotación de yacimientos no convencionales."

**"Artículo 1°. Prohibición del fracking.** Sin perjuicio de los derechos adquiridos, prohíbese la utilización del fracturamiento hidráulico horizontal multietapa, conocido como fracking, para la explotación de hidrocarburos provenientes de yacimientos no convencionales.

**Parágrafo.** La presente prohibición no aplicará para actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el marco de contratos suscritos para yacimientos convencionales.

**Artículo 2°. Vigencia.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación."

Comentario:

Sobre el presente informe de ponencia es necesario indicar que en este caso sólo se prohíbe el desarrollo de la técnica de fracturamiento hidráulico horizontal multietapa para los yacimientos no convencionales, lo cual tendría varias implicaciones:

- Permitiría el desarrollo de actividades de exploración y producción de yacimientos no convencionales a través del fracturamiento hidráulico horizontal multietapa, que cuenten con contratos y licencias previamente otorgados;
- Permitiría el desarrollo de actividades de exploración y producción de yacimientos no convencionales sobre los cuales no aplique la técnica de fracturamiento hidráulico;
- Permitiría el desarrollo de fracturamiento hidráulico, diferente al horizontal multietapa, en los yacimientos mencionados anteriormente.
- Permitiría el desarrollo del fracturamiento hidráulico en el marco de contratos suscritos para yacimientos convencionales, lo cual da lugar a que proyectos que se hubiesen licenciado o contratado para la aplicación de esta técnica antes de que las normas establecieran la distinción de los no convencionales se lleven a efecto, con los riesgos consiguientes de obviar la reglamentación apropiada. Las cuales no evitarían los riesgos de impacto al ambiente, los ecosistemas y sus servicios ecosistémicos asociados, podrían generar impactos a la salud pública e incluso, tener implicaciones sobre el uso del suelo para otras actividades diferentes a la producción de hidrocarburos, entendiéndose que permitirían el fracturamiento hidráulico a través de pozos verticales, como se dio en los inicios del uso de esta técnica.

Ahora bien, como fue mencionado anteriormente, la prohibición de una clase de yacimiento no convencional a la que aplica el fracturamiento hidráulico horizontal multietapa mencionado en este informe de ponencia, permite el desarrollo de otros no convencionales, como la producción de gas metano en mantos de carbón o la producción de hidrocarburos desde arenas bituminosas, donde el primero, afecta al recurso hídrico subterráneo, al ser necesario deshidratar antes de obtener el producto y ello podría afectar extensas áreas en las que se puede llegar a modificar la disponibilidad de este recurso; y el segundo, es una especie de minería del hidrocarburo a cielo abierto que presenta evidentes impactos ambientales.

Por último, es importante recordar que conforme a la línea jurisprudencial en materia ambiental, no se puede hablar de derechos adquiridos, para lo cual citaremos apartes de la Sentencia C-293 de 2002, en la cual la Corte Constitucional, argumenta: "... Tampoco se violan los derechos adquiridos, en razón de que cuando un derecho adquirido se encuentra enfrentado a un derecho ambiental de naturaleza colectiva, si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, siempre la autoridad deberá proteger éste último. Dice el señor Procurador que "lo mismo ocurre, con el test de ponderación que habrá de realizar la autoridad cuando ha de tomar una medida preventiva que ordene la suspensión de una obra o de una actividad, en la medida en que ella siempre va a afectar el derecho al trabajo de quienes laboran en ella, pero ello no puede ser una excusa suficiente y razonable para que la autoridad ambiental no privilegie el derecho ambiental de naturaleza colectiva, cuando la

motivación de la medida preventiva sea la de garantizar la sostenibilidad del mismo y evitar los daños irremediables a que puede someter esa actividad al ecosistema y con ello la vida...

4.3 ... Una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1°. al señalar que la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que "es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica" (art. 58, inciso 2). Además, señala la Constitución, que el Estado debe "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados." (art.80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de "proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano" (art. 95, ordinal 8)

#### 3. Indicar explícitamente conveniencia o inconveniencia de proyecto de ley.

Por lo anteriormente mencionado, se considera que texto publicado mediante la Gaceta No. 1168 del 29 de septiembre de 2022, **ES CONVENIENTE**, al tratarse de una iniciativa que propende por garantizar la protección de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, mientras que el texto publicado a través de la Gaceta No. 1150 del 27 de septiembre de 2022, **NO SE CONSIDERA CONVENIENTE**, teniendo en cuenta que permitiría el desarrollo de Yacimientos No Convencionales - YNC, así como el desarrollo de otras técnicas diferentes al Fracturamiento Hidráulico Horizontal Multietapa, lo cual podría generar riesgos de impacto sobre el ambiente, los ecosistemas y sus servicios ecosistémicos asociados, además de pretender reconocer derechos adquiridos, objeto de pronunciamiento por parte de esta Cartera Ministerial, según lo establece la Ley 99 de 1993 y el Decreto - Ley 3570 de 2011.